Die Haftung des Schenkers
für Mängel im Rechte und Mängel der Sache
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

vorgelegt von

Arwed Rüling,
Gerichtsassessor in Sayda i. Erzgeb.

ACAD. LIBRARY KIEL

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Haftung für Mängel im Rechte.

§ 2. Der Begriff „Mangel im Rechte“ 3
§ 3. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 523 Abs. 1 und 2 . 4
§ 4. Die Gestaltung der Haftung im allgemeinen 7
§ 5. Der Begriff des arglistigen Verschweigens 9
§ 6. Der Umfang der Haftung nach § 523 Abs. 1 11
§ 7. Die Nichtanwendbarkeit des § 307 BGB. 13
§ 8. Die Stellungnahme der Literatur zu § 523 Abs. 2 14
§ 9. Die Auslegung des § 523 Abs. 2 19
§ 10. Die Gattungsschenkung 23

II. Haftung für Mängel der Sache.

§ 11. Der Begriff „Fehler der Sache“ 26
§ 12. Die Gestaltung der Haftung nach § 524 27
§ 13. Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften 30

Anhang.

§ 14. Die Schenkung unter einer Auflage 31

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545812_0018

Literaturverzeichnis.

Beer, Argliſtiges Verſchweigen. In der Deutſchen Juriſtenzeitung 9. Jahrg. 1904 S. 88 ff.

Berndorff, Die Gattungsſchuld. Berlin 1900.

Burckhard, Die Stellung der Schenkung im Rechtsſyſtem. Würzburg 1891.

Cohn, Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleiſtung wegen eines Mangels im Rechte nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Geſetzbuch. Berlin 1903.

Coſack, Lehrbuch des deutſchen bürgerlichen Rechtes auf der Grundlage des Bürgerlichen Geſetzbuchs. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, Syſtem des deutſchen bürgerlichen Rechtes. Bd. 2. 1. Hälfte. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutſchen Reiches und Preußens. Bd. 2 Abt. 1 1. u. 2. Aufl. Halle 1899, Abt. 2 1. u. 2. Aufl. Halle 1901.

Eichhorn, über Schenkungen. In der Deutſchen Juriſtenzeitung 8. Jahrg. 1903 S. 433 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1903.

Fabian, Die Gewährleiſtungspflicht des Schenkers. Diſſ. Erlangen 1899.

Fiſcher u. Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Geſetzbuchs. 6. Aufl. München 1904.

Fuhrmann, Die Gewährleiſtungspflicht des Schenkers für Rechtsmängel nach dem Bürgerlichen Geſetzbuch. Diſſ. Borna-Leipzig 1907.

Goldberg, Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleiſtung wegen eines Mangels im Rechte nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Geſetzbuche. Diſſ. Roſtock 1903.

Goldmann u. Lilienthal, Das Bürgerliche Geſetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Hölder, Pandekten. Allgemeine Lehren. Freiburg i. Br. 1891.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römiſchen und deutſchen Privatrechts von Gerber und Ihering Bd. 4.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1900.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältniſſe. Kommentar zum 2. Buche des deutſchen Bürgerlichen Geſetzbuchs. Breslau 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Geſetzbuchs für das Deutſche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. 2. Berlin u. Leipzig 1888.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Ortloff, Die Schenkung. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 269 ff. Berlin 1902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2.

Schettler, Die Haftung des Schenkers für Mängel im Recht und Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Dresden 1905.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 1. Aufl. Berlin 1897, 2. Aufl. Berlin 1904.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. 2. 3./4. Aufl. München 1908.

Süßheim, Rechtsfolgen arglistigen Stillschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 66. Jahrg. S. 205 ff., 223 ff. u. 237 ff.

Ungewitter bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 48 S. 43.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl., bearbeitet von Kipp. Frankfurt 1900.

Einleitung.

§ 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich enthält in den §§ 523 u. 524 besondere Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Schenkers. Diese Bestimmungen haben in der Literatur vielfach eine abfällige Kritik erfahren. So sagt Schollmeyer darüber: „Ich muß gestehen, mir erscheinen diese Bestimmungen gekünstelt und teilweise geradezu unhaltbar".[1] Endemann schließt sich dieser Kritik an.[2] Cosack hält die Regel, daß eine schärfere Haftung des Schenkers bei Gegenständen eintritt, die der Schenker erst erwerben soll, im Gegensatz zu solchen, die er aus seinem Vermögen schenkt, für offenbar falsch formuliert, soweit sie „Mängel im Rechte" betrifft,[3] und Cohn erklärt unter Bezugnahme auf Schollmeyer und Cosack: „Die Kritik ist sicher berechtigt".[4] Ebenso spricht sich Fabian gegen die getroffenen Bestimmungen aus. Über die Auslegung und Tragweite der Bestimmungen gehen die Meinungen auseinander. Insbesondere ist streitig die Bedeutung des § 523 Abs. 2, der die Haftung wegen eines Mangels im Rechte regelt, soweit es sich um einen Gegenstand handelt, den der Schenker erst erwerben sollte.

Im folgenden sollen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistungspflicht des Schenkers einer eingehenden Prüfung unterzogen werden. Zuvor bedarf es jedoch einer kurzen Feststellung des Begriffs und der Stellung der

---

[1] 1. Aufl. S. 28.
[2] § 165 Anm. 15.
[3] § 139 IV 2 d.
[4] S. 64 B 5 b.

Schenkung im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der sich daraus ergebenden Folgerungen für die Verpflichtungen des Schenkers.

Nach § 516 BGB. ist Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Die Schenkung verlangt also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zweierlei: erstens muß eine Zuwendung vorliegen, und zweitens muß dazu die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung treten. Während somit das erste Begriffsmerkmal, die Zuwendung, dem Vermögensrechte im allgemeinen angehört, die Schenkung hiernach ihre Stellung im allgemeinen Teil zugewiesen erhalten müßte, weist sie das für die Einheit des Begriffs entscheidende zweite Merkmal, die Einigung beider Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, in das Recht der Schuldverhältnisse. Und dort hat die Schenkung auch im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihren Platz erhalten, und zwar zwischen den Vorschriften über den Kauf und denen über die Miete.

Aus dieser Stellung sowie aus der vom Gesetze gegebenen Begriffsbestimmung ergibt sich die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse auf die Schenkung. Natürlich muß bei der Anwendung dieser Vorschriften die Eigenart der Schenkung als eines Vertrages berücksichtigt werden, bei dem der Leistung des einen Teiles keine Gegenleistung gegenübersteht, und bei dem die Last der Verpflichtungen fast nur den einen Teil, den Schenker, trifft. Von diesem Gesichtspunkte aus hat das Gesetz denn auch eine Anzahl spezieller Bestimmungen geschaffen, die die Verpflichtungen und insbesondere die Haftung des Schenkers verringern. So bestimmt es in § 521, daß der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten habe, so schränkt es ferner in § 519 die Verpflichtung des Schenkers zur Erfüllung ein und statuiert in den §§ 528 ff. in bestimmten Fällen das Recht des Schenkers, die Rückgewährung der Schenkung zu verlangen. Und weiter ist in den §§ 523, 524, die den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden, die Gewährleistungspflicht des Schenkers für Mängel im Rechte und Mängel der Sache gegen-

über der Gewährleistungspflicht des Verkäufers ganz erheblich vermindert. Auch bei der Auslegung der speziellen Vorschriften muß stets der allgemeine Gesichtspunkt, daß die Verpflichtungen des Schenkers geringer sind und sein sollen als die der Parteien bei gegenseitigen Verträgen, Berücksichtigung finden.

I. Die Haftung für Mängel im Rechte.

§ 2.

Der Begriff „Mangel im Rechte".

Darüber, was ein Mangel im Rechte sei, enthält das Gesetz bei den Vorschriften über die Schenkung keine Bestimmungen. Dagegen finden sich solche bei den Vorschriften über den Kaufvertrag in den §§ 433 ff. BGB., und diese sind sinngemäß auch für den Begriff eines Mangels im Rechte bei der Schenkung maßgebend.[1]) Hiernach liegt ein Mangel im Rechte vor, wenn dem Beschenkten das Eigentum an dem geschenkten Gegenstande oder das geschenkte Recht nicht verschafft wird (§ 433), oder wenn der verschenkte Gegenstand nicht frei von Rechten ist, die von Dritten gegenüber dem Beschenkten geltend gemacht werden können (§ 434). Solche Rechte Dritter können entweder solche sein, infolge deren dem Beschenkten der geschenkte Gegenstand vollständig entzogen werden kann, oder solche, die den geschenkten Gegenstand belasten.

Rechte der ersteren Art sind unter anderen:

a) die gesetzlichen Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 BGB.;

b) bei Forderungen das Vorhandensein einer aufrechenbaren Gegenforderung und

c) bei der Schenkung auch noch der Bereicherungsanspruch aus den §§ 816 Abs. 1 Satz 2 u. 822 BGB.

Rechte der letzteren Art sind unter anderen: die dinglichen Rechte an dem verschenkten Gegenstande, wie Pfandrechte, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Grunddienstbarkeiten.

---

[1]) Die Bestimmung in § 445 BGB. bezieht sich nur auf entgeltliche Verträge, aus ihr kann daher die Anwendung der §§ 434 ff. auf die Schenkung nicht gefolgert werden. Ebenso Staudinger Anm. 3 zu § 445.

Ein Mangel im Rechte liegt ferner kraft positiver Vorschrift vor, wenn eine Forderung oder ein sonstiges Recht nicht besteht, oder wenn ein Wertpapier zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§ 437), sowie wenn auf einem Grundstücke Rechte eingetragen sind, die zwar nicht bestehen, aber im Falle ihres Bestehens das dem Beschenkten zu verschaffende Recht an dem Grundstücke oder an dem Rechte an einem Grundstücke beeinträchtigen können (§ 435). Dagegen gilt nicht als ein Mangel im Rechte bei einem Grundstücke das Vorhandensein von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Voraussetzung dafür, daß ein Rechtsmangel im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist natürlich, daß der Schenker nach dem Inhalte des Vertrags verpflichtet war, den Gegenstand frei von der vorhandenen Beeinträchtigung zu verschaffen, daß also der tatsächliche Zustand den getroffenen Vereinbarungen widerspricht.

§ 3.

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 523 Abs. 1 u. 2.

§ 523 besagt:

> Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
>
> Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache[1]) bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften der §§ 433 Abs. 1, 434—437, 440 Abs. 2—4, 441—444 finden entsprechende Anwendung.

---

[1]) Versehentlich statt „des Gegenstandes".

Das Gesetz trifft also in Abs. 2 eine besondere Regelung der Haftung bei Schenkungsversprechen, deren Gegenstand der Schenker erst erwerben sollte. Es sagt „erwerben sollte", nicht „erwirbt". Das heißt: es genügt für die Anwendbarkeit des § 523 Abs. 2 nicht, daß der Schenker den versprochenen Gegenstand erwirbt, sondern es müssen außerdem beide Parteien darüber einig sein, daß sich das Schenkungsversprechen des Schenkers auf einen Gegenstand bezieht, den der Schenker nicht in seinem Vermögen hat, sondern erst erwerben muß, der Erwerb muß also von beiden Parteien als eine für die Erfüllung des Schenkungsversprechens notwendige Voraussetzung angesehen werden und vereinbart sein.

Nun ist nach § 518 BGB. zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich.[2]) Es fragt sich, muß in der gerichtlichen oder notariellen Urkunde mit zum Ausdruck gebracht werden, daß der Schenker den Gegenstand der versprochenen Leistung nicht seinem Vermögen entnehmen, sondern erst noch erwerben sollte, damit eine Haftung nach § 523 Abs. 2 geltend gemacht werden kann. Dies ist zu verneinen.[3]) Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens, den zu schenkenden Gegenstand erst zu erwerben, ist nur notwendig, wenn der Beschenkte besonderes Gewicht darauf legt, daß der Schenker den versprochenen Gegenstand nicht aus seinem Vermögen schenke, sondern anschaffe, und die gerichtliche Erzwingung dieses Versprechens sich erleichtern will, aber für die Anwendbarkeit des § 523 Abs. 2 bedarf es einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Versprechens, den zu schenkenden Gegenstand erst erwerben zu wollen, nicht. Hier genügt die einfache mündliche oder schriftliche Vereinbarung. Ja, es genügt entsprechend der allgemeinen Formfreiheit des Bürgerlichen Gesetzbuchs die stillschweigende Vereinbarung, wie sie bei Schenkungsversprechen sehr häufig vorkommen wird. Beide Vertragsteile wissen, daß der Schenker die versprochene Leistung gar nicht aus

---

[2]) Die Annahmeerklärung unterliegt keinem Formenzwang.

[3]) Ebenso Planck Anm. 1b zu § 523; Crome § 231 Anm. 30. A. A. Cosack § 139IV 2d.

seinem Vermögen bewirken kann, sondern erst erwerben muß, eine ausdrückliche Erwähnung dieses Umstandes halten sie deshalb gar nicht für nötig. Trotzdem geht ihr beiderseitiges Wollen dahin, daß der Schenker die versprochene Leistung zu erwerben hat. Auf alle diese Fälle findet bezüglich der Gewährleistungspflicht § 523 Abs. 2 Anwendung.

Läßt sich nicht feststellen, ob zwischen den Parteien ein Einverständnis darüber erzielt worden ist, daß der versprochene Gegenstand zu erwerben sei, so greift die Haftung nach § 523 Abs. 1 als die mildere Platz.

Zweifelhaft könnte sein, wie sich die Haftung des Schenkers dann gestaltet, wenn eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens nicht erfolgt ist, hinterher aber die Schenkung vollzogen wird. § 518 Abs. 2 bestimmt für die Gültigkeit einer solchen Schenkung: „Der Mangel der Form wird durch die versprochene Leistung geheilt". D. h., der an sich ungültige Vertrag wird durch die Leistung gültig, soweit die Leistung reicht.[4]) Der Schenker kann also die Leistung nicht deshalb zurückfordern, weil er in dem irrtümlichen Glauben war, sein nur mündlich oder schriftlich abgegebenes Versprechen sei rechtlich wirksam und habe ihn zur Leistung verpflichtet. Andererseits reicht die Heilung des Formmangels aber auch nur so weit, als die Leistung bewirkt ist, eine teilweise Bewirkung der Leistung kann daher nicht zur Folge haben, daß der Schenker nunmehr die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet sei. Ist also vom Schenker die Leistung eines mit einem Mangel im Rechte behafteten Gegenstandes erfolgt, so bedeutet das eine nur teilweise bewirkte Leistung oder, was gleichbedeutend ist, eine nur teilweise Erfüllung, auf Grund deren der Beschenkte jedoch nicht berechtigt wird, den Schenker für die Erfüllung, d. i. die vollständige Bewirkung der formlos versprochenen Leistung haftbar zu machen. Hieraus folgt, daß auf die Schenkungen, die auf ein nicht gültiges Schenkungsversprechen hin erfolgen, die Bestimmungen des § 523 Abs. 2 keine Anwendung finden können.[5]) Ebensowenig findet § 523 Abs. 2 dann

[4]) Planck Anm. 3 zu § 518.

[5]) A. A. Goldberg S. 87; Fuhrmann S. 29 f. Wenn Fuhrmann S. 30 Anm. 7 behauptet, die Bewirkung einer Leistung sei weniger als Erfüllung,

Anwendung, wenn der Schenker, obwohl er den versprochenen Gegenstand erwerben sollte, dies nicht tut, sondern aus seinem Vermögensbestand schenkt, denn das Gesetz verlangt für die Anwendbarkeit des § 523 Abs. 2 BGB., daß es sich um einen Gegenstand handelt, den der Schenker erst erwerben sollte, nicht den er bereits in seinem Vermögen hatte.

Unter § 523 Abs. 2 fallen also nur die Schenkungen, die erfolgen auf gerichtlich oder notariell beurkundete Schenkungsversprechen hin, bei denen die Beteiligten als Voraussetzung der Erfüllung den Erwerb durch den Schenker angesehen haben, wenn dieser Erwerb sodann in Ansehung des abgegebenen Versprechens erfolgt. Alle andern Fälle fallen unter § 523 Abs. 1 BGB.

§ 4.

Die Gestaltung der Haftung im allgemeinen.

Während im 1. Entw. zum Bürgerlichen Gesetzbuche als Grundsatz ausgesprochen war: Der Schenker haftet dem Beschenkten nicht wegen eines Mangels der verschenkten Sache,[1]) ist im Gesetze über die grundsätzliche Haftung nichts ausdrücklich gesagt. Trotzdem ist aus § 523 BGB. zu entnehmen, daß auch nach dem Gesetze der Schenker wegen eines Mangels im Rechte grundsätzlich nicht haftet. Denn die Fälle, in denen § 523 eine Haftung

---

so ist demgegenüber auf § 362 BGB. zu verweisen, der als Erfordernis der Erfüllung bezeichnet, daß die geschuldete Leistung bewirkt wird. Fuhrmann führt ferner aus: Die Richtigkeit seiner Ansicht, daß die Leistung eines mit einem Mangel im Rechte behafteten Gegenstandes eine vollständige Leistung sei, die Heilung des ungültigen Schenkungsversprechens daher ohne Beschränkung einträte und infolgedessen auch § 523 Abs. 2 Anwendung finde, ergäbe sich aus der Fassung des § 518 Abs. 2. Denn wenn das Gesetz nur bezweckt hätte, den Bereicherungsanspruch abzuscheiden, müßte es heißen: „Das zur Erfüllung eines formlosen Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe", wie dies in den §§ 656, 762 Abs. 1 BGB. geschehen sei. Hiergegen ist zu bemerken, daß das Gesetz in den §§ 652 u. 762 Abs. 1 durch die erwähnte Fassung nur zum Ausdruck bringt, daß eine Rückforderung des Geleisteten zwar ausgeschlossen ist, das Gesetz aber trotzdem auch weiter dem Vertrage die Gültigkeit versagt, während es in § 518 Abs. 2 den ungültigen Vertrag durch die Bewirkung der Leistung gültig werden läßt, soweit die Leistung erfolgt.

[1]) § 444 Abs. 1 des 1. Entw.

des Schenkers statuiert, sind nur Ausnahmefälle. Nach § 523 Abs. 1 haftet nämlich der Schenker nur bei arglistigem Verschweigen des Mangels, und die Haftung aus § 523 Abs. 2 tritt nur dann ein, wenn der Schenker, der die Leistung eines erst noch zu erwerbenden Gegenstandes versprochen hatte, einen mit einem Mangel behafteten Gegenstand erwirbt, und ihm beim Erwerbe dieses Gegenstandes der Mangel bekannt gewesen oder infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. In allen anderen Fällen tritt keine Haftung ein.

Zweifellos kann der Schenker durch Vertrag eine weitergehende Haftung übernehmen.[2]) Es besteht kein Hindernis, welches es dem Schenker verwehren könnte, für die volle Eigentumsverschaffung Gewähr zu leisten. Will sich aber der Schenker mit Rechtswirksamkeit über die ihm nach dem Gesetze obliegende Gewährleistungspflicht hinaus verpflichten, so bedarf seine erweiterte Gewährleistungsverpflichtung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.[3]) Dies ist im Gesetze zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben, ergibt sich aber aus einer sinngemäßen Anwendung des § 518. Denn die Vorschrift in § 518 bezweckt die Vermeidung übereilter Schenkungsversprechen und verlangt daher zur Gültigkeit eines solchen Versprechens die gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Und ebenso bedarf es einer Vorkehrung, um den Schenker vor der Inanspruchnahme aus unbedachten Zusicherungen zu schützen. Der Schenker verringert sowieso durch die Schenkung sein Vermögen, es entspricht daher dem Willen des Gesetzes, wenn er nicht durch unbedachte Äußerungen zu weiteren Vermögensopfern gezwungen werden kann. Ist es ihm mit der Zusicherung wirklich ernst, so wird er sie dem Beschenkten genau wie ein Schenkungsversprechen in der Form des § 518 geben, die umständliche Form zwingt ihn dann, sich sein Vorhaben nochmals zu überlegen; dies entspricht der Absicht des Gesetzes.

Hat der Schenker die volle Gewährleistungspflicht übernommen, so gilt die in § 521 BGB. bestimmte Beschränkung auf Vorsatz

---

[2]) vgl. Crome Bd. 2 S. 516.

[3]) Endemann S. 1033 Anm. 3; Cosack S. 500; Planck Anm. 2 zu § 523.

und grobe Fahrlässigkeit nicht, sondern es kommen die allgemeinen Grundsätze über die Vertragserfüllung zur Geltung.[4])

§ 5.

Der Begriff des arglistigen Verschweigens.

Der Begriff des für die Haftung nach § 523 Abs. 1 BGB. aufgestellten Erfordernisses des arglistigen Verschweigens wird von vielen Schriftstellern in gleicher Weise bestimmt wie beim Kaufe, nämlich als Kennen des Mangels und Nichtnennen oder als Verheimlichen des Mangels gegenüber dem Beschenkten in Täuschungsabsicht.[1]) Süßheim S. 213 bezeichnet es als arglistiges Schweigen bereits dann, wenn der Schenker in Kenntnis des Mangels und der Tatsache, daß jener dem Beschenkten nicht bekannt ist, sich der Erwartung hingibt, der Beschenkte werde schließlich schon selbst auf den ihm verschwiegenen Fehler kommen, oder trotzdem er nicht weiß, ob dem Beschenkten der Mangel bekannt ist, einfach darüber schweigt und dadurch in dem Beschenkten den Irrtum erregt oder aufrechterhält, er erhalte einen fehlerfreien Gegenstand.

Arglistiges Schweigen bedeutet nicht nur „Kennen und Nichtnennen", das bedeutet schon „Verschweigen" allein. Wer etwas weiß und sagt es nicht, der verschweigt es. Damit sein Verschweigen aber ein arglistiges sei, muß noch das subjektive Moment der bösen Gesinnung hinzutreten. Arglistig schweigt nur, wer einen anderen täuscht mit dem Bewußtsein, daß er ihn hierdurch schädigt, oder daß er sich einen rechtswidrigen Vorteil verschafft. Beim Kaufe wird das Verschweigen eines Mangels fast immer ein arglistiges sein, denn hier stehen sich Leistung und Gegenleistung gleichwertig gegenüber. Wenn daher die Leistung nicht mangelfrei ausgeführt wird und der andere, der dies nicht bemerkt, die Gegenleistung mangelfrei bewirkt, so ist er zugunsten

---

[4]) Planck Anm. 2 zu § 523; Endemann S. 1035 § 165, 4.

[1]) So Meisner Anm. 2 zu § 523; Oertmann Anm. 2aβ zu § 523; Staudinger Anm. 2aα zu § 523; Goldmann-Lilienthal Anm. 4 zu § 149; Eichhorn, DJZ. Bd. 8 S. 435; Fischer u. Heule Anm. 1 zu § 523; Planck Anm. 1a zu § 523.

seines Vertragsgegners geschädigt. Anders bei der Schenkung. Hier steht der Leistung keine Gegenleistung gegenüber. Ist der verschenkte Gegenstand mit einem Mangel behaftet, so erhält der Beschenkte zwar nicht so viel, als er vermutet hat, geschädigt ist er aber nicht, sein Vermögen wird vielmehr trotzdem vermehrt. Der Schenker hat aber auch keinen Vorteil, da auch durch die Schenkung eines mangelhaften Gegenstandes sein Vermögen im Zweifel verringert, auf keinen Fall aber vermehrt wird. Eine Schädigung des Beschenkten tritt jedoch dann ein, wenn durch den vom Schenker verschwiegenen Mangel eine Verringerung des Vermögens des Beschenkten herbeigeführt wird, z. B. wenn ihm im Prozeßwege der geschenkte Gegenstand vom wirklichen Eigentümer wieder abgenommen wird und er die Prozeßkosten bezahlen muß. Hat der Schenker einen solchen Mangel verschwiegen in dem Bewußtsein, daß dem Beschenkten hierdurch Schaden entstehen wird, dann liegt ein arglistiges Verschweigen vor, und dann kann der Schenker aus § 523 Abs. 1 in Anspruch genommen werden. Ein arglistiges Verschweigen wird auch dann anzunehmen sein, wenn der Schenker wußte, daß durch den Mangel dem Beschenkten ein Schaden erwachsen konnte und er böswillig wider Treu und Glauben das Geschenk hingibt.[2])

Die bloße Tatsache, daß der Schenker den Mangel kennt, aber dem Beschenkten nicht nennt, genügt nicht, um ein arglistiges Verschweigen zu begründen. Denn das Schweigen kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Der Schenker kann der Überzeugung sein, der Beschenkte werde den Mangel selbst bemerken, oder der Beschenkte kenne den Mangel. Aber auch die Absicht, den Beschenkten zu täuschen, kann vorliegen, ohne daß dies dem Schenker als Arglist ausgelegt werden kann; so wenn der Schenker schweigt, um den Beschenkten die Minderwertigkeit des geschenkten Gegenstandes nicht merken zu lassen, ohne daß er davon Kenntnis hat, daß durch den Mangel der Beschenkte Schaden erleiden wird. Daß der Schenker die Schenkung in der Absicht bewirke, den Beschenkten zu schädigen, ist nicht erforderlich, es genügt für das Vorhandensein der Arglist das Bewußtsein, daß der Schaden ein-

[2]) Endemann § 165 Anm. 1 S. 1033.

treten wird oder kann, und die Kenntnis des Mangels, der den Schaden hervorruft, auch wenn der Schenker etwa schenkt, nur um den Gegenstand los zu sein.

Kennt der Schenker den Mangel selbst nicht, so kann er ihn nicht verschweigen. Kennt der Beschenkte den Mangel, so kann ein arglistiges Verschweigen durch den Schenker nicht vorliegen. Einem Wissenden gegenüber kann die Arglist keinen Erfolg haben. Nimmt der Beschenkte trotz Kenntnis des Mangels das Geschenk an, so ist er nicht berechtigt, aus dem Bestehen des Mangels einen Anspruch herzuleiten.

Während bei der durch sofortige Hingabe erfolgenden Schenkung für die Frage des arglistigen Verschweigens nur der Zeitpunkt der Hingabe in Betracht kommen kann, sind bei dem Schenkungsversprechen verschiedene Fälle denkbar. Der Schenker, der einen Gegenstand aus seinen Beständen verspricht, kann den Mangel bei Eingehung des Schenkungsvertrages arglistig verschweigen, er kann aber auch den Mangel erst später erfahren und ihn sodann bei der Übergabe des verschenkten Gegenstandes an den Beschenkten arglistig verschweigen. Beide Fälle fallen unter § 523 Abs. 1 BGB. Hatte der Schenker einen Gegenstand versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann er bei dem Erwerbe bereits arglistig handeln, er kann aber auch den Gegenstand bona fide erwerben, dann den Mangel entdecken und nunmehr bei der Übergabe den Mangel arglistig verschweigen. Die Haftung des ersten Falles regelt sich nach § 523 Abs. 2, die des zweiten Falles nach § 523 Abs. 1.

§ 6.

Der Umfang der Haftung nach § 523 Abs. 1.

Die Haftung des Schenkers beschränkt sich in den Fällen des § 523 Abs. 1 BGB. auf den Schaden, der dem Beschenkten durch den ihm arglistig verschwiegenen Mangel im Rechte entsteht. Der Schenker hat also den Schaden zu ersetzen, der sich in ursächlichem Zusammenhang mit dem von ihm verschwiegenen Mangel im Rechte befindet, und der den Beschenkten nicht betroffen hätte, wenn der Schenker den Mangel nicht arglistig verschwiegen hätte. Der

ursächliche Zusammenhang ist zu verneinen, wenn der Beschenkte den Mangel kannte. Nur soweit der Schaden auf einem Mangel im Rechte beruht, der ihm unbekannt war, ist der Beschenkte berechtigt, Ersatz zu verlangen.

Der vom Schenker zu ersetzende Schaden wird in den Protokollen[1]) und von vielen Schriftstellen[2]) als negatives Interesse bezeichnet. Das ist ungenau. Die Haftung des Schenkers ist nur ähnlich der Haftung für das negative Interesse[3]): Das negative Interesse würde der Betrag sein, der dem Beschenkten, der auf die Gültigkeit des Schenkungsvertrages vertraut, dadurch verloren geht, daß der Schenkungsvertrag nichtig oder auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Der Schaden, den der Schenker zu ersetzen hat, ist der Schaden, der dem Beschenkten dadurch entsteht, daß er auf den unanfechtbaren, mangelfreien Erwerb des geschenkten Gegenstandes gerechtnet hat.[4])

Da der dem Schenker zu ersetzende Schaden nicht gleich dem negativen Interesse ist, kann auch für die Höhe des Schadens, der verlangt werden kann, nicht die Beschränkung der §§ 122 u. 307 Abs. 1 BGB. maßgebend sein.[5]) Vielmehr hat der Schenker den vollen Ersatz des Schadens zu leisten, den der Beschenkte durch das arglistige Verschweigen erleidet. Hierdurch ähnelt der Rechtsgrund des Schadensersatzanspruches dem aus einer unerlaubten Handlung.

Negativ ist festzustellen, daß der Schenker nicht auf Erfüllung haftet, eine Pflicht zur Rechtsverschaffung besteht also für den Schenker nicht. Bestände sie, so würde der Schenker beim Vorhandensein eines Mangels im Rechte noch zur vollständigen Erfüllung verpflichtet sein, und es würde sich hieraus ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ergeben können. Eine dahingehende Verpflichtung des Schenkers wird aber gerade durch die Bestimmung in § 523 Abs. 1 ausgeschlossen, die allein und an

---

[1]) Bd. 2 S. 28.

[2]) So von Planck Anm. 1a zu § 523; Staudinger Anm. 2bβ zu § 523.

[3]) Fischer u. Henle Anm. 3 zu § 523.

[4]) Crome § 231 Ziff. 5a.

[5]) Dieser Ansicht ist Cohn S. 49.

erster Stelle den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung festsetzt.

Die Regelung, daß der Schenker nicht zur Rechtsverschaffung verpflichtet ist, beruht, wie die Protokolle[6]) hervorheben, auf der Erwägung, daß der Schenker, der einen Gegenstand aus seinen Beständen schenkt oder zu schenken verspricht, den Gegenstand immer nur so schenken will, wie er ihn hat, und daß, wollte das Gesetz den Schenker zur Verschaffung des Rechtes, das er selbst nicht hat, zwingen, es ihm hierdurch gewissermaßen eine Vermögensstrafe auferlegen würde, die mit der Beseitigung der Privatstrafe nicht wohl vereinbar sei. Demnach beruht die Gewährleistungspflicht des § 523 Abs. 1 nicht auf dem Grundsatze, der bei den anderen Schuldverhältnissen maßgebend ist und dahin geht, die Erfüllung des Vertrages zu erzwingen, sondern auf dem Grundsatze, dem Beschenkten den ihm wider Treu und Glauben zugefügten Schaden zu ersetzen.

§ 7.

Die Nichtanwendbarkeit des § 307 BGB.

In den Protokollen Bd. 2 S. 27 wird die Frage berührt, ob der Schenker deswegen, weil er den Beschenkten durch grobe Fahrlässigkeit veranlaßt habe, sich auf einen Vertrag einzulassen, der dem Beschenkten das volle Recht oder überhaupt ein Recht nicht zu verschaffen vermocht habe, wegen Unmöglichkeit der Erfüllung in Gemäßheit des § 345 (§ 307 BGB.) haftbar zu machen sei, und bemerkt, die Lösung dieser Frage liege außerhalb der Aufgabe der Gesetzgebung und könne der Auslegung überlassen bleiben.

Eine Prüfung der Frage ergibt, daß die direkte Anwendbarkeit des § 307 BGB. ausgeschlossen ist. Der § 307 bezieht sich auf Verträge über objektiv unmögliche Leistungen. Bei Schenkungen aus eigenen Beständen liegt jedoch nicht eine objektive Unmöglichkeit vor, sondern nur eine subjektive Unmöglichkeit. Diese Ansicht wird von allen Schriftstellern[1]) mit alleiniger

[6]) Bd. 2 S. 26 f.

[1]) vgl. Planck Anm. 1a zu § 523; Staudinger Anm. 2aα Abs. 2 zu § 523.

Ausnahme Meisners[2]) geteilt, der für seine abweichende Ansicht freilich keine Begründung bringt.

Aber auch die Frage, ob eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 307 möglich sei, ist zu verneinen. Wollte man die Frage bejahen, so würde die für die objektive Unmöglichkeit der Erfüllung gegebene Vorschrift des § 307 auf die subjektive Unmöglichkeit anzuwenden sein. Es würde dann der Schenker, der beim Vertragsschlusse einen Rechtsmangel kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt, dem Beschenkten für das negative Vertragsinteresse haften. Dies stünde aber in Widerspruch mit der Bestimmung des § 523 Abs. 1. Denn diese Bestimmung macht die Haftung des Schenkers ausdrücklich von dem arglistigen Verschweigen des Schenkers abhängig. Nun könnte man allerdings beide Bestimmungen in der Weise vereinigen, daß man die Anwendbarkeit der Sonderregelung des § 523 Abs. 1 auf die wenigen Fälle beschränkte, in denen der Schenker, der die Schenkung eines zu seinem Vermögen gehörigen Gegenstandes versprochen hat, den Mangel beim Vertragsschlusse ohne grobe Fahrlässigkeit noch nicht kannte, ihn aber vor der Erfüllung des Versprechens erfährt und dann arglistig verschweigt. Eine solche Beschränkung der positiven Gesetzesbestimmung für die Schenkung durch analoge Anwendung von allgemeinen Grundsätzen widerspricht aber dem Sinne des Gesetzes und ist daher nicht angängig. Aus diesen Gründen ist die Anwendbarkeit des § 307 zu verneinen.

§ 8.

Die Stellungnahme der Literatur zu § 523 Abs. 2.

Der Abs. 2 des § 523 BGB. erweitert die in Abs. 1 vorgesehene Gewährleistungspflicht des Schenkers für solche Schenkungsversprechen, bei denen der Schenker den versprochenen Gegenstand erst erwerben sollte, dahin, daß der Schenker für jeden Mangel, der ihm beim Erwerbe des Gegenstandes bekannt gewesen oder infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, Schadens-

[2]) Anm. 3 zu § 523.

ersatz wegen Nichterfüllung zu leisten hat, und statuiert die entsprechende Anwendbarkeit einer Anzahl Paragraphen aus den Bestimmungen über den Kaufvertrag.

Über die Auslegung dieses § 523 Abs. 2 sind verschiedene Meinungen vertreten.

Die Protokolle[1]) führen zur Begründung der Bestimmung an: „Der Erwerb erfolge im Interesse des Beschenkten, der Erwerber dürfe daher nicht ganz sorglos zu Werke gehen. Habe er sich vorsätzlich oder grob fahrlässig mit einem Nichtberechtigten eingelassen und infolgedessen dem Beschenkten das ihm zugedachte Recht überhaupt nicht oder nicht vollständig verschafft, so müsse er nach § 442 (§ 521 BGB.) wegen Nichterfüllung haften. Aus dieser Begründung ergibt sich, daß die Verfasser der Protokolle den Erwerb des versprochenen Gegenstandes als einen Teil der Erfüllung des Schenkungsversprechens ansahen. Planck[2]) schließt sich dieser Auffassung an und folgert daraus, der Schenker habe daher beim Erwerbe Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 521). Demgegenüber führt Oertmann aus, daß, wollte man den Erwerb als einen Teil der Erfüllung des Schenkungsversprechens ansehen, eine Verletzung dieser Erfüllungspflicht immer nur eine Haftung auf das negative Interesse begründen würde, nicht aber einen „Schadensersatz wegen Nichterfüllung", wie ihn § 521 Abs. 2 vorsieht. Dies ist zutreffend. Denn eine Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nach den allgemeinen Bestimmungen des § 280 BGB. nur eintreten, wenn die Erfüllung unmöglich ist. Wenn aber der Schenker beim Erwerbe grob fahrlässig oder vorsätzlich handelt, so verletzt er zwar — vorausgesetzt, daß man den Erwerb als einen Teil der Erfüllung ansieht — seine Erfüllungspflicht, die Erfüllung ist dadurch jedoch noch nicht unmöglich geworden, weder subjektiv noch objektiv. Schließt man sich also der Auffassung an, daß der Erwerb einen Teil der Erfüllung bildet, so muß man weiter folgern, daß bei einer grobfahrlässigen oder vorsätzlichen Handlung beim Erwerbe des versprochenen Gegenstandes der Erfüllungsanspruch bestehen bleibt,

---

[1]) Bd. 2 S. 27.

[2]) Anm. 1 b zu § 523.

denn der Anspruch kann nicht durch das Verschulden des Schenkers erlöschen. Der Beschenkte kann daher Beseitigung des Rechtsmangels und statt dessen unter den allgemein maßgebenden Voraussetzungen (§§ 280, 283, 286 Abs. 2 BGB.) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Diese Schlußfolgerung ziehen denn auch unter anderen Planck[3]) und Cohn.[4]) Diese Schriftsteller erkennen damit eine wenn auch beschränkte Rechtsverschaffungspflicht des Schenkers an. Eine solche kann aber nicht anerkannt werden. Wie bereits oben in § 6 ausgeführt ist, ergibt sich aus § 523 Abs. 1, daß eine Rechtsverschaffungspflicht des Schenkers nicht besteht. Hätte eine solche in Abs. 2 statuiert werden sollen, so hätte dies deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Durch eine Interpretation kann eine so weitgehende Abweichung und Durchbrechung von dem Grundsatze in Abs. 1 nicht in das Gesetz gebracht werden.

Noch weiter als die genannten Schriftsteller geht Oertmann, der in Anm. 2c zu § 523 ausführt, daß dem Schenker geradezu eine Verschaffungspflicht wegen des Rechtes auferlegt werde. Er folgert das aus Satz 2 des Abs. 2, der unter andern die §§ 433 Abs. 1 und 434 für entsprechend anwendbar erklärt, Vorschriften, in denen eine Verschaffungspflicht hinsichtlich des unbelasteten Rechtes in aller Form anerkannt sei. Die Beschränkung der Haftung beziehe sich nicht auf die Pflicht zur Verschaffung, sondern nur auf die Pflicht zur Leistung des Schadensersatzes, von der ja auch Satz 1 allein rede. Zunächst bleibe der Schenker, soweit möglich, noch zur Verschaffung eines Gegenstandes der versprochenen Art verpflichtet. Daß er davon frei geworden sei, dafür sei kein Rechtsgrund einzusehen, keine positive Rechtsnorm zwinge zu einer solchen Annahme. Sei freilich die Leistung nicht mehr möglich, so hafte der Schenker natürlich nicht mehr auf Verschaffung und auf Schadensersatz nach den §§ 521, 523 Abs. 2, nur bei Vorsatz und grobem Verschulden.[5]) Staudinger schließt sich diesen Ausführungen an.[6])

---

[3]) Anm. 1b zu § 523.
[4]) S. 58.
[5]) Anm. 3 zu § 523.
[6]) Anm. 2bβ zu § 523.

Diese Auslegung führt zu Ergebnissen, die mit den Bestimmungen über die Schenkung im allgemeinen und mit den Grundsätzen über die Haftung des Schenkers im besonderen im Widerspruche stehen. Denn eine Rechtsverschaffungspflicht des Schenkers in dem von Oertmann gewollten Umfange würde dem Schenker Verpflichtungen auferlegen, wie sie im Rahmen des Kaufvertrages angemessen sind, wie sie aber nicht dem Schenker, der ohne Gegenleistung leistet, aufgebürdet werden dürfen. Es ist auch nicht zu verstehen, warum den Schenker bei dem Schenkungsversprechen eines zu erwerbenden Gegenstandes eine so überaus weitgehende Haftung treffen sollte, während demgegenüber die Haftung bei einer Schenkung aus den eigenen Beständen so außerordentlich mild wäre. Die Auslegung Oertmanns ist also im Ergebnisse unbefriedigend, sie kann aber auch nicht als richtig anerkannt werden. Wenn Oertmann die Rechtsverschaffungspflicht daraus folgert, daß in Abs. 2 Satz 2 die §§ 433 Abs. 1 und 434 für entsprechend anwendbar erklärt werden, so kann das „entsprechend" nicht genug betont werden. Die genannten Paragraphen sollen so angewendet werden, daß sich ihre Bestimmungen in das Institut der Schenkung einpassen, sich aber nicht mit ihr in Widerspruch setzen. Eine Rechtsverschaffungspflicht besteht nach § 523 Abs. 1 für den Schenker nicht. Eine solche ist auch nicht in Abs. 2 statuiert, die entsprechende Anwendung der §§ 433 Abs. 1, 434 darf daher nicht dazu führen, eine Rechtsverschaffungspflicht in die Schenkung hineinzukonstrieren, das würde eine direkte Anwendung der §§ 433 Abs. 1, 434 sein, nicht eine entsprechende. Die Zitierung der §§ 433 Abs. 1, 434 kann also nicht den Sinn haben, festzusetzen, wie der Schenker haftet, sondern wofür er haftet, nämlich für die Rechtsmängel, die in den für entsprechend anwendbar erklärten Paragraphen aufgeführt sind.[7])

Ebensowenig kann die Rechtsverschaffungsflicht daraus gefolgert werden, daß der erste Satz des Abs. 2, in dem die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ausgesprochen wird, nur von der Pflicht zur Leistung des Schadens-

---

[7]) Fischer u. Henle Anm. 7 zu § 523; Goldmann-Lilienthal S. 533; Fuhrmann S. 18.

ersatzes spreche, daß die entsprechende Anwendung der §§ 433 Abs. 1, 434 dagegen in einem besonderen Satze ausgesprochen werde. Hätte der Gesetzgeber das zum Ausdruck bringen wollen, was Oertmann aus der Vorschrift herauslieſt, so hätte der Absatz lauten müssen:

Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so hat er die gleichen Verpflichtungen wie ein Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 433 Abs. 1, 434 –437, 440 Abs. 2—4, 441—444. Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Beschenkte nur verlangen, wenn dem Schenker der Mangel im Rechte bei dem Erwerbe des Gegenstandes bekannt gewesen oder infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

Cohn[8]) hält auch eine Rechtsverschaffungspflicht für gegeben, ist jedoch der Ansicht, daß eine allgemeine Haftungsbeschränkung gewollt sei, und interpretiert die Bestimmung in § 523 Abs. 2 dahin, daß der Schenker, der nicht aus eigenem Vorrate schenke, sich zur Verschaffung des unbelasteten Eigentums verpflichte, habe er sich aber die Sachen erst einmal angeschafft, so könne er nur unter den angegebenen Voraussetzungen nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, d. h. es könne unter diesen Voraussetzungen zunächst auf Erfüllung geklagt und dann nach rechtskräftiger Verurteilung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt werden, daß nach deren Ablauf die Annahme abgelehnt werde, oder es könne nach § 286 Abs. 2 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden.

Wir können der eigenen Meinung Cohns, daß diese Interpretation gezwungen sei, nur beistimmen, denn sie entspricht weder dem Sinne noch dem Wortlaute der Bestimmung. Sollte die Bestimmung in § 523 Abs. 2 den von Cohn angegebenen Sinn haben, so hätte sie, wie Ungewitter[9]) richtig angibt, lauten müssen:

Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so haftet er dem Beschenkten wegen

[8]) S. 58.

[9]) Gruchot Bd. 48 S. 430.

eines Mangels im Rechte, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe des Gegenstandes bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, nach den entsprechend anzuwendenden, die Gewährleistungspflicht des Verkäufers regelnden Vorschriften der §§ 433 usw.

§ 9.

Die Auslegung des § 523 Abs. 2.

Nach dem klaren Wortlaute des § 523 Abs. 2 haftet der Schenker, der beim Erwerbe des beschafften Schenkungsgegenstandes den Mangel im Rechte kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Eine Rechtsverschaffungspflicht wird damit dem Schenker nicht auferlegt, es darf auch, wie oben § 8 dargelegt ist, nicht eine solche Pflicht in diese Bestimmung hineininterpretiert werden.

Der Erwerb des versprochenen Gegenstandes gehört nicht, wie die Motive und danach verschiedene Schriftsteller annehmen, zur Erfüllung des Schenkungsversprechens, sondern er ist nur eine Tatsache, die der Erfüllung des Schenkungsversprechens vorausgeht, mit dem Schenkungsvertrage selbst jedoch nichts zu tun hat. Das Gesetz bringt auch gar nicht zum Ausdruck, daß der Erwerb zur Erfüllung des Schenkungsvertrages gehöre, der Schenker also zum Erwerbe verpflichtet sei.[1]) Es erwähnt diese Tatsache nur, weil es von dem Verhalten des Schenkers beim Erwerbe für die Fälle, in denen der Schenker den versprochenen Gegenstand erst erwerben sollte, eine verschärfte Haftung abhängig machen will.

Wenn die Protokolle zur Begründung der Bestimmung des § 523 Abs. 2 anführen, der Erwerb des Gegenstandes erfolge im Interesse des Beschenkten, der Erwerber dürfe daher nicht ganz sorglos zu Werke gehen, so sind diese Erwägungen ganz gerechtfertigt. Denn erhält der Beschenkte einen Gegenstand aus den eigenen Beständen des Schenkers, so muß er damit rechnen, daß er den Gegenstand so erhält, wie ihn der Schenker besessen hat. Hatte der Schenker den Gegenstand mit einem Mangel im Rechte,

[1]) Etwas anderes ist es natürlich, wenn sich der Schenker ausdrücklich zum Erwerbe verpflichtet hat.

so braucht er ihn dem Beschenkten auch nur so zu übergeben. Das wird der Beschenkte auch nicht anders erwarten. Will dagegen der Schenker den versprochenen Gegenstand erst erwerben, so muß der Beschenkte nach Treu und Glauben annehmen können, daß der Schenker den Gegenstand frei von Rechtsmängeln erwirbt und ihn so übergibt. Da nun den Schenker keine Rechtsverschaffungspflicht trifft und der Erwerb des versprochenen Gegenstandes nicht zur Erfüllung gehört, würde der Schenker jeden auch mit einem noch so großen Rechtsmangel behafteten Gegenstand anschaffen und dem Beschenkten als Erfüllung anbieten können. Dieser offenbaren Unbilligkeit hilft § 523 Abs. 2 ab, indem er eine Gewährleistungspflicht des Schenkers für den Fall statuiert, daß dem Schenker der Mangel bei dem Erwerbe bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die Bestimmung greift damit allerdings bis auf eine Handlung vor, die noch nicht zur Erfüllung des Vertrages gehört, sondern eine Voraussetzung der Vertragserfüllung bildet, das macht sich aber infolge der mangelnden Rechtsverschaffungspflicht nötig. Daß der Schenker für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, entspricht der allgemeinen Haftung des Schenkers. Eine besondere Erwähnung ist deswegen geboten, weil in § 523 Abs. 1 die Haftung geringer ist, und weil der Erwerb als solcher nicht zu den Verpflichtungen aus dem Schenkungsvertrage gehört.

Die Gewährleistungspflicht des Schenkers tritt erst ein, wenn der Schenker geleistet hat, erst dann zeigt sich, mit welchem Gegenstande er seiner Verpflichtung nachkommen will. Hat er aber geleistet, und stellt sich ein Mangel heraus, so ist die Gewährleistungspflicht dadurch bedingt, daß er beim Erwerbe des geschenkten Gegenstandes den Mangel gekannt oder grobfahrlässig nicht gekannt hat.

Die Verpflichtung des Schenkers geht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das entspricht einer analogen Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf den besonders gearteten Fall. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs tritt die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung in den Fällen ein, in denen die Leistung durch Verschulden des Verpflichteten unmöglich geworden ist (§ 280 BGB.).

Für den Schenker ist nun allerdings die Leistung nicht unmöglich geworden, weder subjektiv noch objektiv, wohl aber ist der Beschenkte infolge der mangelnden Rechtsverschaffungspflicht des Schenkers nicht in der Lage, von dem Schenker die Beseitigung des Rechtsmangels zu verlangen, für ihn ist also die Erzwingung des ihm vertraglich zustehenden Rechtes unmöglich geworden, und zwar durch Verschulden des Schenkers. Man wird dabei dem Schenker die Möglichkeit einzuräumen haben, sich durch Beseitigung des Rechtsmangels von seiner Verpflichtung zur Leistung des Schadensersatzes zu befreien. Denn tut er dies, so ist der Beschenkte ja befriedigt und hat das, was er nach dem Schenkungsvertrage erwerben konnte. Dagegen hat der Beschenkte, wie bereits mehrfach erwähnt, kein Recht, die Beseitigung des Rechtsmangels zu verlangen.

Abs. 2 Satz 2 trifft sodann Bestimmungen über den Umfang der Gewährleistungspflicht des Schenkers, und zwar bestimmt er, wie oben in § 8 ausgeführt ist, nicht, wie der Schenker zu haften hat — das bestimmt Abs. 2 Satz 1 —, sondern wofür. Die zitierten §§ 433 Abs. 1, 434—437, 440 Abs. 2—4 und 441—444 BGB. ergeben im einzelnen folgendes:

Der Schenker einer Sache ist verpflichtet, dem Beschenkten die versprochene Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Der Schenker eines Rechtes ist verpflichtet, dem Beschenkten das Recht zu verschaffen, und er hat ferner den versprochenen Gegenstand dem Beschenkten frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen ihn geltend gemacht werden können.[2]) Der Schenker eines Grundstückes oder eines Rechtes an einem Grundstücke ist verpflichtet, im Grundbuche eingetragene Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Beschenkten zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden. Das gleiche gilt bei der Schenkung eines Schiffes oder eines Rechtes an einem Schiffe für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte. Dagegen haftet der

[2]) Der Schenker eines Grundstückes hat also das Grundstück frei von Hypotheken zu übergeben. Vielfach wird freilich aus den sonstigen Umständen zu entnehmen sein, daß eine Schenkung nur insoweit erfolgen sollte, als der Kaufpreis die Hypotheken übersteigt.

Schenker eines Grundstückes nicht für die Freiheit des Grundstückes von öffentlichen Abgaben und von öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Der Schenker einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes. Der Schenker eines Wertpapieres haftet auch dafür, daß dieses nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.

Ist der verschenkte Gegenstand in einer dieser Beziehungen mangelhaft, und war der Mangel dem Schenker beim Erwerbe — nur diesen Zeitpunkt hat das Gesetz im Auge — bekannt oder ist er ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann der Beschenkte Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hat der Schenker einer beweglichen Sache diese dem Beschenkten zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben, so kann der Beschenkte wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Schenker zurückgewährt hat, oder wenn die Sache untergegangen ist. Der Herausgabe an den Dritten steht es gleich, wenn der Dritte den Beschenkten oder dieser den Dritten beerbt, oder wenn der Beschenkte das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder den Dritten abfindet.

Bestreitet der Schenker den vom Beschenkten geltend gemachten Mangel im Rechte, so hat der Beschenkte den Mangel zu beweisen. Eine Vereinbarung, durch die das Recht des Beschenkten, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Schenker den Mangel arglistig verschweigt. Endlich ist der Schenker verpflichtet, dem Beschenkten über die den geschenkten Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle der Schenkung eines Grundstückes über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuhändigen.

§ 10.

Die Gattungsschenkung.

Über die Gewährleistungspflicht des Schenkers bei einer Gattungsschenkung trifft das Bürgerliche Gesetzbuch keine besondere Regelung. Die Bestimmung des § 523 ist daher in gleicher Weise für die Speziesschenkung wie für die Gattungsschenkung maßgebend. Bei dem grundsätzlichen Unterschiede jedoch, der zwischen einer Speziesschuld und einer Gattungsschuld besteht, bedarf es einer Untersuchung darüber, wie sich die Anwendung der gleichen Bestimmung auf die beiden Schuldverhältnisse gestaltet.

Zunächst ist festzustellen, daß eine Gattungsschenkung nur in der Form eines Schenkungsversprechens vorkommen kann, da bei einer Schenkung, die durch sofortige Hingabe erfolgt, nur bestimmte Gegenstände hingegeben werden können. Die Gattungsschenkung fällt ferner stets unter § 523 Abs. 2 BGB., „denn es ist nicht anzunehmen, daß jemand eine ganze Gattung in seinem Vermögen hat; denn der Begriff der Gattung umfaßt alle innerhalb der Gattung vorhandenen Stücke".[1]) Bei einer Gattungsschenkung greift also stets die schärfere Haftung des § 523 Abs. 2 Platz. Eine Gattungsschenkung liegt nun nicht schon dann vor, wenn der vom Schenker versprochene Gegenstand nur nach seinen Gattungsmerkmalen bestimmt ist: Der Schenker hat vielleicht den versprochenen Gegenstand nur nach seinen Gattungsmerkmalen bezeichnet, er wollte aber aus seinen Beständen schenken. Das Gesetz steht, wie sich aus der Fassung des § 523 Abs. 2 ergibt, auf dem Standpunkte, daß derjenige, der etwas zu schenken verspricht, in der Regel aus seinen Beständen schenken will. Dies entspricht auch dem allgemeinen Empfinden und der Erfahrung, denn es wird jemand leichter etwas aus seinen Beständen versprechen, als sich auch noch die Mühe und die Kosten des Anschaffens aufbürden. Von diesem Standpunkte aus folgt, daß bei jedem Schenkungsversprechen, bei dem der versprochene Gegen-

[1]) Berndorff S. 106.

stand nur der Gattung nach bestimmt ist, geprüft werden muß, ob der Schenker den versprochenen Gegenstand seinen Beständen entnehmen wollte, und daß in Zweifelsfällen die Beweislast dafür, daß der Schenker den versprochenen Gegenstand nicht seinen Beständen entnehmen wollte, den Beschenkten trifft.

Hat der Schenker den versprochenen Gegenstand seinen Beständen zu entnehmen, so ist er nur so weit zur Leistung verpflichtet, als sich dies aus seinen Beständen ermöglichen läßt. Es liegt dann keine reine Gattungsschuld vor, sondern eine sogen. gemischt generische Verbindlichkeit.[2]) Die Verpflichtung des Schenkers ist in diesem Falle beschränkt, sie geht nicht dahin, z. B. einen Hund, sondern einen seiner Hunde, nicht zwei Faß Wein, sondern zwei Faß von seinem Wein zu schenken. Andererseits befindet sich zunächst kein bestimmter Gegenstand aus den Beständen des Schenkers in obligatione, der Beschenkte trägt also nicht die Gefahr eines einzelnen Individuums, und das Schuldverhältnis kann sich später gültig selbst auf einen solchen den Gattungsmerkmalen entsprechenden Leistungsgegenstand konzentrieren, der zeitweilig aus dem Vorrate herausgetreten ist oder bei Begründung des Schenkungsvertrages noch nicht dazu gehörte.[3])

Hinsichtlich der Konzentration einer solchen Schuld ist zu unterscheiden, ob es sich um eine bestimmte Menge aus einem größeren Vorrate handelt — 10 Flaschen Wein, 100 Stück Zigarren — oder um ein oder mehrere Stücke aus einer Anzahl von individuellen Stücken — ein Gemälde, ein Standbild. Im letzteren Falle ist ein alternatives Schuldverhältnis anzunehmen, die Konzentration erfolgt dann durch Erklärung des Schenkers gegenüber dem Beschenkten (§ 263 Abs. 1 BGB.). Im ersteren Falle dagegen ist das Schuldverhältnis nach den für die Gattungsschuld geltenden Vorschriften zu behandeln, die Konzentration tritt also erst mit der Leistung ein (§ 243 Abs. 2 BGB.).[4]) Die Gewährleistungspflicht des Schenkers bestimmt sich in beiden Fällen nach § 523 Abs. 1 BGB. Eine Verpflichtung des Schenkers, aus

---

[2]) Crome Bd. 2 § 147 Anm. 7.

[3]) Crome a. a. O.

[4]) vgl. das Nähere bei Berndorff S. 13ff., insbesondere S. 18, 19.

seinen Beständen einen mangelfreien Gegenstand zu leisten, besteht nicht, er kann also dem Beschenkten jeden auch mit einem noch so erheblichen Mangel behafteten Gegenstand zur Erfüllung anbieten.

Tritt nun auch bei einer reinen Gattungsschuld die Konzentration ein, wenn der zur Erfüllung übergebene Gegenstand mit einem Rechtsmangel behaftet ist, oder kann der Beschenkte anstatt der mangelhaften Sache eine neue mangelfreie Sache verlangen? Die für diese Frage maßgebende Bestimmung findet sich in § 243 Abs. 2 BGB. Hiernach hat, wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten, und wenn er das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache. Darüber, was das Gesetz unter der „erforderlichen Tätigkeit" des Schuldners versteht, herrscht Streit. Während die einen annehmen, daß die Konzentration nur eintrete, wenn der Schuldner so geleistet habe, wie es zur Erfüllung der Verbindlichkeit erforderlich sei,[5]) halten es die anderen für genügend, wenn der Schuldner alles getan hat, was zur „tatsächlichen" Lieferung der Sache erforderlich sei.[6]) Letztere Ansicht, die sich auch mit der von der Mehrheit der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgesprochenen deckt,[7]) ist als die richtige zu bezeichnen, da sie der vom Gesetze verfolgten Absicht entspricht. Denn die Absicht des Gesetzes geht dahin, den Zeitpunkt festzustellen, zu dem der Schuldner zu erkennen gibt, daß er nunmehr gerade mit dieser bestimmten Sache erfüllen will. Dies geschieht aber bereits dann, wenn der Schuldner alles getan hat, was zur tatsächlichen Lieferung der Sache erforderlich war. Die Konzentration tritt somit auch dann ein, wenn die verschenkte Sache mit einem Rechtsmangel behaftet ist, der Beschenkte kann daher in diesem Falle nicht die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen, er ist vielmehr auf die ihm in § 523 Abs. 2 gewährten Rechtsbehelfe beschränkt.

---

[5]) Planck Anm. b zu § 243; Cohn S. 61; Staudinger Anm. 5a α zu § 243.

[6]) Schettler S. 25; Fuhrmann S. 37.

[7]) Prot. Bd. 2 S. 28.

II. Die Haftung für Mängel der Sache.

§ 11.

Der Begriff „Fehler der Sache".

Im Gegensatz zu § 523 BGB. trifft § 524 Bestimmungen über die Gewährleistungspflicht des Schenkers wegen eines Mangels der verschenkten Sache. Die in § 524 aufgestellte Regelung umfaßt aber nicht die Mängel im weiteren Sinne, sondern, wie der Wortlaut ergibt, die Fehler der verschenkten Sache. Über den Begriff „Fehler der Sache" ist in § 524 ebensowenig etwas gesagt wie in § 523 über den Begriff „Mangel im Rechte". Es sind daher hier in derselben Weise, wie dies in § 3 dieser Abhandlung bei der Bestimmung des Begriffs „Mangel im Rechte" geschehen ist, zur Auslegung die entsprechenden Bestimmungen aus dem Kaufvertrage heranzuziehen. Diese finden sich in § 459 BGB. Hiernach sind Fehler, bei deren Vorhandensein die Gewährleistungspflicht des Schenkers nach § 524 BGB. Platz greift, solche, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung kommt nicht in Betracht (§ 459 Abs. 1). Kein Fehler der Sache im technischen Sinne ist das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Ein solches Fehlen fällt vielmehr unter den Begriff „Mängel der Sache", von dem „Fehler der Sache" ein Unterbegriff ist.

Ob eine Beschaffenheit der Sache als Fehler und ferner als ein Fehler der gesetzlich vorausgesetzten Art anzusehen ist, muß nach den Umständen und der Verkehrsanschauung beurteilt werden.[1]) Entsprechend den für die Schenkung geltenden Grundsätzen wird auch hierbei stets eine mildere Auslegung erfolgen müssen als beim Kaufe. Im einzelnen auf die Untersuchung über den Fehlerbegriff einzugehen, liegt außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung. Hervorzuheben ist nur noch, daß der Begriff „Sachen mittlerer Art und Güte" nicht gleichbedeutend ist mit dem Begriff „fehler-

[1]) Planck Anm. I b β zu § 459.

freie Sachen". Eine Sache kann sehr wohl mittlerer Art und Güte und trotzdem fehlerhaft sein, und ebenso fehlerlos und trotzdem nicht mittlerer Art und Güte sein.[2]) Dieser Unterschied ist für die Frage von Bedeutung, ob die Grundsätze über die Nichterfüllung oder die Bestimmungen über die Gewährleistungspflicht anzuwenden seien. Denn eine Sache, die nicht von mittlerer Art und Güte ist, entspricht nicht den Anforderungen des § 243 BGB., mit einer solchen Sache kann also das ursprüngliche Schuldverhältnis nicht erfüllt werden, sondern bleibt unverändert bestehen. Wird daher eine Sache angeboten, die nicht mittlerer Art und Güte ist, so ist das als Nichterfüllung anzusehen, und es haben die allgemeinen Grundsätze über die Nichterfüllung Anwendung zu finden. Ist dagegen die als Erfüllung angebotene Sache mittlerer Art und Güte, so ist erfüllt, und es findet, wenn die Sache einen der in § 459 Abs. 1 bezeichneten Fehler aufweist, fehlerhaft ist, § 524 Anwendung.

Schettler[3]) leugnet einen Unterschied zwischen „mittlerer Art und Güte" und „Fehlerfreiheit" und führt dazu aus, eine Sache sei deshalb, weil sie nicht mittlerer Art und Güte sei, nicht etwas anderes als das, worüber sich die Parteien geeinigt hätten, die Sache entspreche der Einigung, weil sie die aufgestellten Gattungsmerkmale habe. Demgegenüber ist zu betonen, daß § 243 BGB. für die Konzentration einer Gattungsschuld ausdrücklich verlangt, daß Sachen mittlerer Art und Güte geliefert seien, und über diese ausdrückliche Bestimmung kommt man mit den Schettlerschen Ausführungen noch nicht hinweg.

§ 12.

Die Gestaltung der Haftung nach § 524.

Die gesetzliche Bestimmung des § 524 lautet:

> Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

---

[2]) vgl. Berndorff S. 58.

[3]) S. 36.

Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Gewährleistungspflicht des Schenkers für Fehler der Sache ist also im allgemeinen genau so geregelt wie bei einem Mangel im Rechte. Sie besteht grundsätzlich nicht, sondern tritt nur ein, wenn der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen hat. Die Fehlerhaftigkeit der Sache an sich macht den Schenker nicht haftbar, verpflichtet ihn auch nicht, den vorhandenen Fehler zu beseitigen. Der Schenker kann daher jede noch so fehlerhafte Sache hingeben oder versprechen, ohne in Anspruch genommen werden zu können, außer, wie schon erwähnt, im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels. Aber auch in diesem Falle hat der Beschenkte keinen Anspruch auf Beseitigung des Mangels oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern der Schenker hat dem Beschenkten den durch das arglistige Verschweigen entstehenden Schaden zu ersetzen, mithin den Schaden, der in ursächlichem Zusammenhang mit dem vom Schenker verschwiegenen Fehler steht, der den Beschenkten nicht betroffen hätte, wenn der Schenker den Mangel nicht arglistig verschwiegen hätte.

Über den Begriff des arglistigen Verschweigens gilt das unter § 5 dieser Abhandlung Ausgeführte, über den Umfang der Ersatzpflicht das in § 6 Ausgeführte.

Eine Sonderregelung für bestimmte Fälle bringt § 524 Abs. 2. Es sind dies diejenigen Schenkungsversprechen, bei denen der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen hat, die er erst erwerben sollte. Eine Ver-

pflichtung des Schenkers zur Leistung einer mangelfreien Sache wird auch für diese Fälle nicht bestimmt. Das Gesetz hilft vielmehr in der gleichen Weise wie in § 523 Abs. 2, indem es, um zu verhüten, daß der Schenker jede noch so fehlerhafte Sache erwerben und dem Beschenkten als Erfüllung anbieten kann, auf den vor der Erfüllung liegenden Erwerb der Sache zurückgreift und dem Beschenkten das Recht gibt, für den Fall, daß der Schenker beim Erwerbe der versprochenen Sache den Mangel gekannt oder grobfahrlässig nicht gekannt hat, an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie Sache zu verlangen, und dann, wenn der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen hat, auch noch das Recht, statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

Die Bestimmung des § 524 Abs. 2 findet nur auf die Schenkungsversprechen einer der Gattung nach bestimmten Sache Anwendung, die gerichtlich oder notariell beurkundet sind, mögen die Parteien nun ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, daß der Schenker die versprochene Sache erwerben sollte. Leistet der Schenker auf ein formlos gegebenes Schenkungsversprechen hin, so wird der Mangel der Form insoweit geheilt, als die vollzogene Schenkung reicht. Der Schenker kann in diesem Falle nicht auf Grund von § 524 Abs. 2 zu einer weitergehenden Haftung herangezogen werden.[1])

Gegenüber den in § 523 Abs. 2 für die Haftung für Mängel im Rechte besonders behandelten Fälle tritt in § 524 Abs. 2 noch die Beschränkung hinzu, daß die versprochene Sache eine nur der Gattung nach bestimmte Sache sein muß. Dieser Unterschied zwischen § 523 Abs. 2 u. § 524 Abs. 2 gründet sich, wie Schettler[2]) mit Recht ausführt, auf die Erwägung, daß der Schenker, der den versprochenen Gegenstand erst erwerben soll, den wahren Berechtigten des Gegenstandes finden kann, gleichgültig ob der Gegenstand generell oder individuell versprochen ist, daß der Schenker eine fehlerfreie Sache aber nur dann suchen kann, wenn die Sache nur der Gattung nach bestimmt ist.

---

[1]) vgl. die Ausführungen in § 3 dieser Abhandlung.
[2]) S. 38.

Für die Beurteilung der Frage, wann eine Gattungsschenkung als vorliegend anzunehmen ist, sind die gleichen Grundsätze maßgebend wie die in § 10 dieser Abhandlung angegebenen. Darnach ist mit dem Gesetze davon auszugehen, daß der Schenker im Zweifel aus seinen eigenen Beständen schenken will, und daß der Umstand, daß der Schenker die versprochene Sache nur ihren Gattungsmerkmalen nach bestimmt hat, noch kein Beweis dafür ist, daß tatsächlich eine Gattungsschenkung vorliegt. Den Beweis dafür, daß eine Gattungsschenkung vorliegt, hat der Beschenkte zu erbringen.

Wegen der Durchführung der dem Beschenkten zustehenden Ansprüche auf Lieferung einer mangelfreien Sache oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verweist § 524 Abs. 2 Satz 3 auf die entsprechende Anwendung der für die Gewährleistungspflicht wegen Fehlern der verkauften Sache geltenden Vorschriften. Diese finden sich im § 480 BGB. und den dort angeführten Paragraphen. Besonderheiten ergeben sich nur insofern, als die §§ 474, 476, 478 und 479 unanwendbar sind, 474 und 476, weil es bei der Schenkung keine Minderung gibt, 478 und 479, weil der Beschenkte im Gegensatz zum Käufer für die Schenkung keine Gegenleistung zu bewirken hat. Im übrigen sind die Bestimmungen auf den Anspruch des Beschenkten ohne weiteres anwendbar, bedürfen daher im Rahmen dieser Abhandlung keiner Erörterung.

§ 13.

Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften.

Eine Regelung der Haftung des Schenkers für den Fall, daß die verschenkte Sache nicht die vom Schenker zugesicherten Eigenschaften hat, ist in § 524 nicht vorgesehen. Daß aber auch der Schenker sich mit rechtlicher Wirksamkeit für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften verpflichten kann, ergibt sich bereits aus dem in § 4 Gesagten. Eine solche Zusicherung muß gleichfalls, um rechtswirksam zu sein, in der in § 518 vorgeschriebenen Form erfolgen. Die Haftung des Schenkers richtet sich dann nach allgemeinen Grundsätzen, und zwar sind die beim Kaufvertrage

getroffenen Bestimmungen analog anzuwenden, wie sich aus der dem Kaufe nachgebildeten Regelung der Gewährleistungspflicht bei der Schenkung ergibt. Etwaige Härten bei der Anwendung der Bestimmungen über den Kaufvertrag werden dadurch gemildert, daß der Schenker nur für die zugesicherten Eigenschaften haftet, die gerichtlich oder notariell beurkundet sind, und daß sich aus der schriftlichen Fassung leichter erkennen läßt, ob die vom Schenker gemachten Zusicherungen tatsächlich Zusicherungen von Eigenschaften oder nur unverbindliche Anpreisungen sein sollen.

Soweit die Bestimmungen über den Kaufvertrag Wandelung und Minderung vorsehen, fallen sie für den Schenkungsvertrag weg. Hiernach ergibt sich im einzelnen, daß der Beschenkte Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn der verschenkten Sache zur Zeit des Vertragsschlusses eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (§ 463 BGB.). Handelt es sich um eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, so kann der Beschenkte nach seiner Wahl Lieferung einer mangelfreien Sache oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Sache zu der Zeit, zu der die Gefahr auf den Beschenkten übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

Anhang.

§ 14.

Die Schenkung unter einer Auflage.

Während bei der gewöhnlichen Schenkung der Beschenkte zu einer Leistung nicht verpflichtet ist, wird bei der Schenkung unter einer Auflage der Beschenkte beschwert, indem er durch die Annahme einer solchen Schenkung zum Vollzuge der Auflage verpflichtet wird. Infolgedessen hat das Gesetz für die Schenkung unter einer Auflage auch für die Gewährleistungspflicht des Schenkers besondere Vorschriften statutiert, die zu den allgemeinen für die Schenkung geltenden Vorschriften ergänzend hinzukommen. Diese finden sich in den §§ 525 und 526 BGB.

Nach § 525 kann, wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, die Vollziehung der Auflage nur verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat. Der Schenker hat also vorzuleisten, und erst wenn er geleistet hat, kann er von dem Beschenkten die Vollziehung der Auflage fordern. Diese Bestimmung entspricht dem Wesen der Auflage. Denn die Schenkung unter einer Auflage ist nicht ein gegenseitiger Vertrag, sondern die Auflage ist nur eine der Schenkung hinzugefügte Nebenbestimmung, daß der Beschenkte gehalten sein soll, das Empfangene in bestimmter Weise zu verwerten oder etwas dafür zu leisten.[1]) Kann nun der Schenker die Vollziehung der Auflage erst verlangen, wenn er geleistet hat, so besteht andererseits, bevor die Leistung bewirkt ist, für den Beschenkten keine Verpflichtung zur Vollziehung der Auflage. Geleistet aber hat der Schenker erst, wenn er alle sich aus dem Schenkungsvertrage ergebenden Verpflichtungen erfüllt hat. Unter diese Verpflichtungen fällt auch die in den §§ 523, 524 geregelte Gewährleistungspflicht. Der Beschenkte kann daher bei einer Schenkung unter einer Auflage neben den ihm nach den §§ 523, 524 zustehenden Ansprüchen die Vollziehung der Auflage verweigern.

Nun ist, wie bereits dargelegt ist, die Gewährleistungspflicht des Schenkers eine sehr geringe. Der Schenker ist im allgemeinen seinen Verpflichtungen nachgekommen, wenn er den Gegenstand so hingibt, wie er ihn hat, und auch bei Schenkungsversprechen über einen Gegenstand, den er erst erwerben sollte, trifft ihn nur eine Gewährleistungspflicht, wenn ihm der Mangel beim Erwerbe bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Der Beschenkte würde also zur Vollziehung der Auflage verpflichtet sein, auch wenn der geschenkte Gegenstand Rechtsmängel aufweisen würde und wenn die geschenkte Sache noch so fehlerhaft wäre. In diesem Falle wäre es unbillig, dem Beschenkten die ganze Last der Auflage aufzubürden, während dem Schenker die Wohltat der beschränkten Haftung zugute kommt. Hier greift denn auch das Gesetz mildernd ein, indem es in § 526 bestimmt:

---

[1]) Crome Bd. 2 § 232.

Soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigt.

Voraussetzung für die Einrede des Beschenkten ist somit, daß der Wert der Zuwendung geringer ist als der der vom Beschenkten infolge der Auflage zu machenden Aufwendungen, und daß der geringere Wert durch einen Mangel im Rechte oder durch einen Mangel der verschenkten Sache verursacht ist. Der Beschenkte ist dagegen verpflichtet, die Auflage zu vollziehen, wenn trotz eines Rechts- oder Sachmangels der Wert der Zuwendung den Wert der Auflage erreicht, oder wenn der Minderwert der Zuwendung nicht durch einen Rechts- oder Sachmangel bedingt ist. Erreicht der Wert der mangelhaften Zuwendung den Wert der Auflage, so hat der Beschenkte zwar keinen Gewinn von der Schenkung, er ist aber auch nicht geschädigt und bedarf daher keines Schutzes. Ist die mangelfreie Zuwendung weniger wert als die zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen, so wird allerdings das Vermögen des Beschenkten verringert, die Zuwendung ist in diesem Falle aber ja so, wie der Beschenkte bestenfalls erwarten konnte, er kann also bei Abschluß des Schenkungsvertrages übersehen, wie sich seine Vermögenslage stellen wird, und braucht dann nicht auf die Schenkung einzugehen, tut er es trotzdem, so geschieht dies auf seine Gefahr.

Das Recht des Beschenkten, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, steht diesem auch gegen den Anspruch eines Dritten oder der zuständigen Behörde zu, die nach § 525 Abs. 2 die Vollziehung der Auflage verlangen kann; es ist unabhängig davon, ob der Beschenkte den Mangel bei Begründung der Auflageverpflichtung kannte oder nicht. Dieses selbst über die Berechtigung

des Käufers hinausgehende Recht[2]) ergibt sich aus dem Gegensatze zwischen § 526 Satz 1 und Satz 2, in dem ausdrücklich die Nichtkenntnis des Beschenkten verlangt wird.[3]) Will der Schenker die Einrede des Beschenkten beseitigen, so hat er den durch den Mangel entstandenen Fehlbetrag auszugleichen, er hat also nicht den ganzen Unterschied auszugleichen, der zwischen der mangelhaften und der mangelfreien Zuwendung besteht, sondern nur den Unterschied, der zwischen dem Werte der mangelhaften Zuwendung und dem Werte der Auflage vorhanden ist. Hat er das getan, so kann er die Vollziehung der Auflage verlangen.

Vollzieht der Beschenkte die Auflage, obwohl die verschenkte Sache mit einem Mangel behaftet ist, so würde er gegen den Schenker an sich keinen Anspruch haben, selbst wenn er den Mangel nicht gekannt und infolgedessen die ihm zustehende Einrede nicht geltend gemacht hat. Denn da die Auflage eine dem Schenkungsvertrage hinzugefügte Nebenbestimmung ist, kann der Beschenkte gegen den Schenker keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen. Diese Unbilligkeit beseitigt das Gesetz, indem es bestimmt, daß der Beschenkte, wenn er die Auflage ohne Kenntnis des der ihm zuteil gewordenen Zuwendung anhaftenden Mangels vollzieht, von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen kann, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen. Vollzieht der Beschenkte dagegen die Auflage in Kenntnis des Mangels, so nimmt das Gesetz an, daß der Beschenkte auf den Ersatz des Fehlbetrages verzichten will, es gibt daher dem Beschenkten in diesem Falle keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen.

---

[2]) vgl. §§ 439, 460 BGB.

[3]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 526; Staudinger 3aα zu § 526; a. A. Schettler S. 50.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.